

CAMB/2018/1 del 31 gennaio 2018

CONSIGLIO D'AMBITO

Oggetto: Servizio Idrico Integrato. Procedura ristretta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo. Esito del Ricorso promosso contro Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti (ATERSIR) per ottenere l'annullamento, previa sospensione e/o adozione della misura cautelare ritenuta più idonea del provvedimento PG/AT/2016/0005492 del 1/9/2016 e del provvedimento PG/AT/2016/0005636 del 7/9/2016 inerenti l'attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio e del conseguente provvedimento di esclusione. – Presa d'atto della sentenza del Consiglio di Stato n. 5433/2017 e conseguente provvedimento di revoca degli atti di gara.

Il Presidente
F.to Sindaco Tiziano Tagliani

CAMB/2018/1

CONSIGLIO D'AMBITO

L'anno **2018** il giorno 31 del mese di gennaio alle ore 15:00 presso la sala riunioni della sede di ATERSIR, Via Cairoli 8/F - Bologna, si è riunito il Consiglio d'Ambito, convocato con lettera PG.AT/2018/0000528 del 26/01/2018.

Sono presenti i Sigg.ri:

	RAPPRESENTANTE	ENTE			P/A
1	Azzali Romeo	Comune di Mezzani	PR	Sindaco	P
2	Barbieri Patrizia	Comune di Piacenza	PC	Sindaco	P
3	De Pascale Michele	Comune di Ravenna	RA	Sindaco	P
4	Giannini Stefano	Comune di Misano A.	RN	Sindaco	P
5	Giovannini Michele	Comune di Castello d'Argile	BO	Sindaco	P
6	Lucchi Francesca	Comune di Cesena	FC	Assessore	P
7	Reggianini Stefano	Comune di Castelfranco E.	MO	Sindaco	P
8	Tagliani Tiziano	Comune di Ferrara	FE	Sindaco	P
9	Tutino Mirko	Comune di Reggio Emilia	RE	Assessore	A

Il Presidente Tagliani Tiziano invita il Consiglio a deliberare sul seguente ordine del giorno.

Oggetto: Servizio Idrico Integrato. Procedura ristretta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo. Esito del Ricorso promosso contro Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti (ATERSIR) per ottenere l'annullamento, previa sospensione e/o adozione della misura cautelare ritenuta più idonea del provvedimento PG/AT/2016/0005492 del 1/9/2016 e del provvedimento PG/AT/2016/0005636 del 7/9/2016 inerenti l'attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio e del conseguente provvedimento di esclusione. – Presa d'atto della sentenza del Consiglio di Stato n. 5433/2017 e conseguente provvedimento di revoca degli atti di gara.

Visti:

- il D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante "Norme in materia ambientale";
- il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", art. 34, comma 20;
- l'art 3 bis del D.lgs. n. 138/2011 e s.m.i.
- la L.R. 23 dicembre 2011, n. 23 recante "Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente";

premessato che:

- con deliberazione CAMB/2016/20 del 7 aprile 2016 il Consiglio d'Ambito ha approvato lo schema di Bando di Gara per la procedura ristretta per l'affidamento in concessione del Servizio Idrico Integrato nel bacino provinciale di Rimini, ad esclusione del Comune di Maiolo, ex art. 149-bis, D.Lgs. 152/2006 e art. 7, c. 5, L.R. 23/2011, rinviando a successivi provvedimenti l'approvazione della restante documentazione di gara ovvero dello schema di lettera d'invito, di disciplinare tecnico per lo svolgimento del SII e del testo della convenzione da sottoscrivere col soggetto aggiudicatario;
- in data 19 aprile 2016 l'approvato bando è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'unione Europea n. 134137-2016-GU/S S76;
- a seguito della valutazione delle domande di partecipazione pervenute con riferimento alla procedura *de qua* l'Agenzia, con provvedimenti PG/AT/2016/0005492 del 1 settembre 2016 e PG/AT/2016/0005636 del 7 settembre 2016, attivava l'istituto del soccorso istruttorio nei confronti della società concorrente ACCIONA AGUA SA;
- con Determinazione Dirigenziale n. 167 del 18 ottobre 2016, il Direttore dell'Agenzia riteneva *“di condividere e fare propri i contenuti e le conclusioni dei Verbali redatti dal Responsabile del procedimento dott.ssa Alessandra Neri del 28 luglio 2016 e del 27 settembre 2016, e pertanto di provvedere all'esclusione dalla procedura della ditta ACCIONA Agua SA;(...)”*.
- con protocollo PG.AT/2016/0006191 del 5 ottobre 2016 è stato acquisito agli atti di ufficio il ricorso innanzi al T.A.R. Emilia Romagna- Bologna promosso contro Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti (ATERSIR) per ottenere l'annullamento, previa sospensione e/o adozione della misura cautelare ritenuta più idonea del provvedimento PG/AT/2016/0005492 del 1 settembre 2016 e del provvedimento PG/AT/2016/0005636 del 7 settembre 2016 inerenti l'attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio e del conseguente eventuale provvedimento di esclusione;
- con deliberazione CAMB/2016/60 del 28 ottobre 2016 il Consiglio d'Ambito deliberava quindi di costituirsi nel giudizio promosso innanzi al T.A.R. Emilia Romagna - Bologna con il ricorso citato, nominando difensore degli interessi dell'ATERSIR, con ogni ampia facoltà di legge, il Prof. Avv. Giuseppe Piperata;
- con determinazione dirigenziale n. 20 del 23 febbraio 2017 veniva nominato Responsabile del Procedimento l'Ing. Marco Grana Castagnetti in sostituzione della dott.ssa Alessandra Neri precedentemente nominata con determinazione 94 del 16 maggio 2016;
- in data 1 marzo 2017 perveniva all'Agenzia la sentenza sfavorevole n. 163/2017 del TAR Emilia Romagna – Bologna che accoglieva il ricorso della società esclusa ACCIONA AGUA SAU, precisando che l'Agenzia, a fronte dell'incompletezza delle dichiarazioni della ricorrente, avrebbe tuttalpiù potuto attivare l'istituto del soccorso istruttorio gratuito;
- sul merito della riferita pronuncia l'Agenzia ha ritenuto opportuno sollevare apposite eccezioni in sede di appello innanzi al Consiglio di Stato deliberando, tramite atto

CAMB/2017/22 del 15 marzo 2017, di impugnare la Sentenza del TAR Emilia Romagna-Bologna n. 163/2017 innanzi al Consiglio di Stato e a tal fine nominare, come difensore degli interessi dell'ATERSIR nella controversia in oggetto con ogni ampia facoltà di legge il Prof. Avv. Aldo Sandulli, in collaborazione con il Prof. Piperata già nominato con Delibera CAMB/2016/60;

- in data 13 luglio 2017 è stata pubblicata la sentenza n. 3450/2017 del Consiglio di Stato di contenuto sfavorevole all'Agenzia che respinge l'appello presentato con conseguente onere dell'ATERSIR di riammettere la società esclusa ACCIONA AGUA SAU, in quanto l'incompletezza delle dichiarazioni da questa presentate in sede di partecipazione alla procedura, rilevata dall'Agenzia non giustifica l'attivazione del soccorso istruttorio a pagamento, ma al massimo la richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46 del d.l.gs. n.163/2006;
- l'Agenzia nella prospettiva di adempiere a quanto ordinato dal Consiglio di Stato ha ritenuto di procedere, con Deliberazione n. 54 del 27 luglio 2017, riammettendo il concorrente escluso ACCIONA AGUA SAU alla procedura e, al fine di individuare e compiere tutti gli ulteriori adempimenti necessari per dare esecuzione alla suddetta sentenza, promuovere il rimedio della richiesta di chiarimenti attraverso il giudizio di ottemperanza di cui all'art. 112, c. 5 D.Lgs. 104/2010 s.m.i., per ottenere un intervento chiarificatore del supremo Giudice amministrativo sulla questione dell'applicabilità alla procedura bandita del D.Lgs. 163/2006 s.m.i ovvero del D.Lgs. 50/2016 s.m.i.;
- il Consiglio di Stato con sentenza n. 5433 del 2017 ha dichiarato inammissibile la richiesta di giudizio di ottemperanza ex art. 112, c. 5, D.Lgs. 104/2010 s.m.i. deliberata dal Consiglio d'Ambito con la citata deliberazione n. 54/2017;

considerato che:

- l'esito del giudizio di ottemperanza ex art. 112, c. 5, D.Lgs. 104/2010 s.m.i. promosso da questo Consiglio per ottenere un intervento chiarificatore del supremo Giudice in ordine alla normativa applicabile alla procedura *de qua*, pur non avendo avuto sul punto esito decisivo, è intervenuto a quasi due anni dalla pubblicazione degli atti di gara e dallo svolgimento della fase ad essa preliminare di valutazione e progettazione del servizio idrico integrato da svolgersi nel territorio riminese ad esito della gara stessa, e ciò impone necessariamente all'Agenzia di svolgere una rivalutazione della situazione di fatto e dell'interesse pubblico rispetto alla prosecuzione della procedura;
- il significativo periodo trascorso dalla progettazione e pubblicazione della gara comporta, in particolare, per l'Agenzia riflessioni di opportunità tecnico-amministrativa in ordine ai seguenti profili:
 - esiste ad oggi un quadro normativo sui contratti pubblici profondamente mutato a seguito della vigenza prolungata del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici) e dell'entrata in vigore del suo cosiddetto Correttivo (D.Lgs. n. 56/2017), dell'emanazione dei primi atti attuativi del Codice dei Contratti pubblici e della

dottrina e giurisprudenza ad essi relativa che ha ormai avuto un certo sviluppo; mentre si sta ormai arrestando l'evoluzione in ordine alla precedente normativa contenuta nel D.Lgs. 163/2006;

- dall'aprile 2016 l'Agenzia ha pubblicato una pluralità di ulteriori procedure di concessione di servizio pubblico, tutte sotto l'egida del D.Lgs. 50/2016 s.m.i. ed è ormai possibile affermare che la struttura tecnica di ATERSIR abbia sviluppato uno specifico *know how* riferito all'applicazione della "nuova" normativa, anche in virtù della partecipazione a diversi eventi di formazione in merito;
- la prosecuzione della procedura in corso nella vigenza della disciplina contenuta nel D.Lgs. 163/2006 s.m.i. ha effetti potenzialmente discriminatori, potendosi in alcuni casi verificare disparità evidenti di trattamento tra concorrenti partecipanti alle diverse procedure bandite dall'Agenzia (a titolo esemplificativo l'istituto del soccorso istruttorio sotto la vigenza del D.Lgs 50/2016 è gratuito, mentre per il D.Lgs. 163/2006 in molti casi è oneroso e con la previsione, per gare dell'importo di quelle di competenza di ATERSIR, di una sanzione minima di 50.000/00 €);
- la pianificazione e strutturazione del servizio, svolta dall'Agenzia ai fini della pubblicazione del Bando, sulla base del quale è stata preparata la documentazione da allegare alle lettere di invito il cui invio ai concorrenti aprirebbe la successiva fase di gara, e su cui i concorrenti dovrebbero formulare le proprie offerte tecniche, risulta non più pienamente attuale e ciò comporta che in ogni caso l'Agenzia debba revisionare ed aggiornare le valutazioni stesse, in particolare con riferimento al quadro economico e agli investimenti richiesti al nuovo concessionario, prima di poter procedere oltre con l'*iter* della gara;
- la revisione e l'aggiornamento delle valutazioni e della documentazione tecnica necessaria alla prosecuzione della gara in corso richiederebbe ragionevolmente alcuni mesi;
- il valore residuo (VRD) dei beni strumentali al servizio idrico integrato, da corrispondersi da parte dell'aggiudicatario della gara a fronte del trasferimento della disponibilità degli impianti e delle altre dotazioni strumentali al servizio appartenenti al gestore uscente, inserito negli atti di gara era stato definito in maniera presuntiva nelle more del relativo procedimento dell'Agenzia per la definizione effettiva del Valore Netto Contabile, che si è poi concluso con Determina n. 112/2016;
- successivamente, con la Determinazione n. 124 del 2 agosto 2017 l'Agenzia, ha provveduto a concludere l' "*Aggiornamento relativo all'individuazione dei beni destinati all'esercizio del servizio idrico integrato del bacino di Rimini gestito da HERA S.p.A. e del valore residuo del gestore ai fini del nuovo affidamento del servizio stesso di cui alla determinazione n. 112/2016*" alla data del 1.1.2018, in quanto è ad oggi in possesso del libro cespiti aggiornato al 31.12.2015 e non più di quello aggiornato al 31.12.2014 preso in considerazione per il precedente calcolo del VRD, con conseguente accrescimento del valore da corrispondere da parte del

concessionario subentrante rispetto a quello inserito nel Bando di gara e pertanto conoscibile ed utilizzabile dai concorrenti al fine della redazione delle offerte;

- garantendo in tal modo tanto l'omogeneità delle diverse procedure bandite dall'Agenzia quanto la corrispondenza dell'attuale stato di fatto, come risultante dalle recenti ricognizioni effettuate dall'Agenzia, all'avvio del servizio posto a base di gara, tramite l'aggiornamento del valore residuo e dei dati relativi agli investimenti e agli standard richiesti per lo svolgimento del servizio idrico integrato oggetto di affidamento;

ritenuto dunque che:

- per le sopra elencate ragioni di opportunità tecnico-amministrativa, anche in considerazione del confronto con gli advisor tecnici e giuridici e con i legali che hanno svolto la difesa dell'Agenzia nel giudizio sopra riassunto, sia opportuno revocare in autotutela gli atti della Procedura ristretta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo (CIG 6663396853);
- si renda necessario dare mandato agli uffici tecnici per la redazione degli atti di una nuova procedura per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo, inserendo il VRD aggiornato con Determinazione 124/2017 e allegando specifica documentazione tecnica corrispondente alla realtà odierna della situazione di partenza del servizio posta a base di gara;
- sia preferibile che la nuova procedura sia svolta mediante procedura aperta al fine di abbreviare i termini necessari alla conclusione della stessa, prevedendo la pubblicazione degli atti della nuova procedura entro il mese di aprile 2018, con un contenuto dilungamento dei termini rispetto al vantaggio di avere una procedura coerente sotto il profilo normativo con tutte le altre bandite dall'Agenzia e corrispondente, sotto il profilo tecnico, alla situazione di partenza effettiva del servizio oggetto di affidamento;
- sia opportuno dare mandato al Responsabile del Procedimento Ing. Marco Grana Castagnetti di comunicare agli operatori economici che hanno presentato domanda di partecipazione alla Procedura ristretta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo (CIG 6663396853) la decisione di revocare in autotutela gli atti ad oggi pubblicati, con conseguente restituzione di quanto eventualmente corrisposto all'Agenzia in fase di soccorso istruttorio;

dato atto che la presente deliberazione non comporta impegno di spesa o diminuzione dell'entrata e che pertanto non è richiesto il parere in ordine alla regolarità contabile, a sensi dell'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000 e s.m.i.;

visto il parere favorevole in ordine alla regolarità tecnica reso dall'Ing. Vito Belladonna, ai sensi dell'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000 e s.m.i.;

a voti unanimi e palesi,

DELIBERA

1. revocare in autotutela, per le ragioni di opportunità tecnico-amministrativa riportate in narrativa, gli atti della Procedura ristretta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo (CIG 6663396853) pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'unione Europea n. 134137-2016-GU/S S76;
2. dare mandato agli uffici tecnici per la redazione degli atti della Procedura aperta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo, inserendo il VRD aggiornato con Determinazione 124/2017 e allegando specifica documentazione tecnica corrispondente all'attuale stato di fatto del servizio posto a base di gara;
3. che per la nuova gara si proceda tramite procedura aperta al fine di abbreviare i termini necessari alla conclusione della stessa, prevedendo la pubblicazione degli atti della nuova procedura entro il mese di aprile 2018;
4. di dare mandato al Responsabile del Procedimento Ing. Marco Grana Castagnetti di comunicare agli operatori economici che hanno presentato domanda di partecipazione alla Procedura ristretta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo (CIG 6663396853) la decisione di revocare in autotutela gli atti ad oggi pubblicati, con conseguente restituzione di quanto eventualmente corrisposto all'Agenzia in fase di soccorso;
5. di trasmettere il presente provvedimento agli uffici di competenza per gli adempimenti connessi e conseguenti.

Allegati alla deliberazione del Consiglio d'Ambito n. 1 del 31 gennaio 2018

Oggetto: Servizio Idrico Integrato. Procedura ristretta per l'affidamento in concessione del SII per la provincia di Rimini, ad esclusione del comune di Maiolo. Esito del Ricorso promosso contro Agenzia Territoriale dell'Emilia Romagna per i Servizi Idrici e Rifiuti (ATERSIR) per ottenere l'annullamento, previa sospensione e/o adozione della misura cautelare ritenuta più idonea del provvedimento PG/AT/2016/0005492 del 1/9/2016 e del provvedimento PG/AT/2016/0005636 del 7/9/2016 inerenti l'attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio e del conseguente provvedimento di esclusione. – Presa d'atto della sentenza del Consiglio di Stato n. 5433/2017 e conseguente provvedimento di revoca degli atti di gara.

Si esprime parere favorevole in ordine alla regolarità tecnica, attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa, della presente proposta di deliberazione, ai sensi degli articoli 49 comma 1 e 147 bis comma 1 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

Il direttore
F.to Ing. Vito Belladonna

Bologna, 31 gennaio 2018

Approvato e sottoscritto

Il Presidente

F.to Sindaco Tiziano Tagliani

Il Direttore

F.to Ing. Vito Belladonna

RELAZIONE DI PUBBLICAZIONE

La suesposta deliberazione:

ai sensi dell'art. 124 D.Lgs 18.08.2000 n° 267, viene oggi pubblicata all'Albo Pretorio per quindici giorni consecutivi (come da attestazione)

Bologna, 12 febbraio 2018

Il Direttore

F.to Ing. Vito Belladonna